

EL TESTIGO TÉCNICO O CALIFICADO EN EL DERECHO VENEZOLANO

DR. ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG

SUMARIO

1. Paralelismo entre el testimonio y la experticia. 2. Distinción en razón del tipo de conocimiento. 3. El caso del Tribunal Civil de Cremona. 4. Distinción en cuanto a la función y no a la estructura. La posición de CARNELUTTI. 5. El problema del recurso a la experiencia técnica del declarante. La tesis de DENTI. 6. Conclusión doctrinal. 7. La figura del testigo técnico en Venezuela. El aporte de la jurisprudencia. 8. La posición de la doctrina. Conclusión.

1. Así como hay un paralelismo entre el testimonio y el documento, así también se da un paralelismo entre el testimonio y la experticia, porque por la estructura de ambos medios de prueba, se encuentran en ellos ciertas notas comunes.

Si por su estructura –como hemos visto– el testimonio es fundamentalmente un juicio, porque el testigo narra el hecho como ha sido percibido por él a través de sus sentidos, así también el perito emite un juicio (dictamen) sobre el hecho o circunstancia sobre el cual versa. Puede decirse que en ambos casos estamos en presencia de un acto de conocimiento o hecho intelectual –en el sentido que le da PUGLIATTI– cuya característica esencial consiste en que son expresiones individualizadas de la vida psíquica que se concretan en el adquirido *conocimiento* de específicos y determinados datos de la realidad, expresiones que, como tales, llegan a ser objeto de valoraciones específicas en sentido jurídico, esto es, hechos específicos productores de efectos jurídicos¹; y por tanto, actos voluntarios, porque si

¹ Cfr. PUGLIATTI, Salvatore. "Conoscenza", En Enciclopedia del Diritto. Vol. IX, pág. 114.

no fuesen conscientes serían nulos como enseña FALZEA², el cual habla indistintamente de hechos de *conciencia* o de *conocimiento*.

2. Sin embargo, el conocimiento admite ciertos distinguos en ambos casos: el del testigo es de carácter empírico, que normalmente se basa en las percepciones, esto es, el acto por el cual el testigo organiza sus sensaciones presentes, las interpreta y las completa con imágenes y recuerdos. Este conocimiento consigue u obtiene una verdad teórica o de hecho, y como enseña PUGLIATTI, la verdad que se exige al testigo es la expresión o comunicación de una representación adecuada y completa (*toda la verdad*) de la realidad resultante de sus percepciones, sin elementos extraños a ella (*sólo la verdad*), pues la reticencia o la alteración consciente o voluntaria constituye el delito de falsedad. En cambio, el conocimiento que se exige al perito es más complejo, a éste se exige un juicio que supone, entre otras cosas, un saber *preconstituido*, una *competencia técnica*, la certeza o asunción de los *datos de hecho*, a la luz de su saber técnico³. De allí, que considerando los elementos comunes estructurales del testigo y del perito, no puede decirse, sin embargo, que el testigo, por emitir un juicio, sea un perito; ni que el perito, por declarar o asumir la existencia de ciertos hechos o datos, sea un testigo. Por ello, en ciertos casos, cuando el testigo ha podido percibir un hecho concreto en razón a una capacidad técnica especial, no deja de ser testigo para convertirse en perito, sino que es realmente un *testigo calificado*⁴.

Profundizando la cuestión del conocimiento de tipo testimonial como conocimiento de orden común o de orden técnico, y prescindiendo de la relatividad a que está sometida la distinción entre "saber" de tipo común y "saber" de tipo técnico, la doctrina sostiene que la distinción entre el llamado testimonio *común* y testimonio *técnico*, no requiere un análisis que abarque el momento *declarativo* o lenguaje adoptado por el testigo, sino que la verdadera línea de demarcación entre el uno y el otro tipo de testigo se percibe ya en el momento *cognoscitivo*, lo que ha llevado a DOSI a afirmar: "Un sujeto que no puede 'comprender' un dato cuya 'compresión' exige una experiencia de la cual está privado, no puede llegar a ser testigo de ese dato. Si ello es así, se debe concluir que el testimonio técnico tiene sus raíces en la 'potencialidad de la percepción', y en definitiva, en ese 'saber preconstituido de orden técnico' de que está provisto sólo el hombre técnico"⁵.

² Cfr. FALZEA, "Capacitá", en Enc. del Dirt. Vol. VI, pág. 18.

³ Cfr. PUGLIATTI, ob. cit., pág. 115.

⁴ Cfr. ROSENBERG, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tras. esp. EJEA, Buenos Aires, 1955. Tomo II, pág. 264.

⁵ Cfr. DOSI, Ettore. "La prueba testimonial". Trad. esp. Rolando Enrique Oviedo. Ed. TEMIS. Bogotá 1986, págs. 27-28.

En este mismo sentido se pronuncia BIONDI, para el cual: “El testigo puede haber llegado al conocimiento de los hechos que narra, precisamente por un particular conocimiento técnico”, (testigo técnico), que para dicho autor, es una figura bien distinta del perito; y pasando a la distinción entre testigo y perito, destaca las dos hipótesis que a su juicio pueden presentarse: “O el sujeto refiere reglas científicas o técnicas que *deben ser aplicadas en el proceso* (esto es, que deben ocupar puesto en la premisa mayor del silogismo), y entonces es un perito y no un testigo, o el sujeto refiere reglas que *no deben ser aplicadas*, sino entrar a ser parte de la *premise menor del silogismo* (el hecho de la existencia de la regla) para la aplicación de otras reglas, y entonces es un testigo, que puede también no ser un testigo técnico;” lo que ha conducido a BIONDI a concluir: “La diferencia entre testigo técnico y perito, no está, en absoluto, en su diversa relación con la *realidad exterior*, sino en su diversa función *respecto a la decisión judicial*”⁶.

3. En este tema es ilustrativo el caso decidido por el Tribunal Civil de Cremona el 12 de febrero de 1957. Se trataba de la impugnación de un testamento por enfermedad mental del testador, en el cual los actores, para probar que el difunto padecía de arterioesclerosis cerebral, promovieron el testimonio de los médicos que lo habían tratado. El Tribunal decidió que: “No puede admitirse, en juicio de impugnación de un testamento por enfermedad mental del testador, el testimonio de los médicos que lo han tratado, sobre el tema de si éste estaba afectado de arterioesclerosis cerebral”.

La decisión dio ocasión a CARNELUTTI para volver sobre el tema del testimonio y la pericia. La motivación básica de la sentencia se resumía en lo siguiente: el testimonio y la consultoría técnica (*consulenza tecnica*) difieren por su objeto: mientras objeto del testimonio es un *hecho* que entra o puede entrar en la común experiencia, al contrario, objeto de la *consulenza* es un juicio (*giudizio*), que puede ser dado sólo por quien tiene conocimiento de particulares disciplinas.

Argumenta CARNELUTTI, que el Tribunal ha seguido la antigua opinión según la cual el testigo es llamado a narrar hechos y el perito o consultor a expresar juicios; y que según la medida del criterio adoptado por el Tribunal de Cremona, quedaría excluido el *testimonio técnico*, nada menos. Y se pregunta CARNELUTTI: ¿Cómo hará de otro modo, una parte para probar que *el testador ha sufrido una determinada enfermedad*? ¿Los médicos que lo han tratado no podrán ser testigos? Naturalmente —observa CARNELUTTI— el juicio de los médicos no será el Evangelio para el juez, el cual no entiende

⁶ Cfr. BIONDI, Pompeo. “*La distinzione fra perizia e testimonianza*”, en Foro Italiano, 1937, IV col. 58, nota 10.

de medicina; pero por esto mismo, se hará asistir de un consultor técnico, y según las sugerencias de él, pedirá al testigo todo cuanto es necesario para conocer los síntomas de la pretendida enfermedad y verificar el diagnóstico; pero negar ingreso a las testimoniales, se resuelve en una verdadera denegación de justicia⁷.

4. Por tanto, para establecer la diferencia entre el testigo (aún el calificado) y el perito, hay que atender, no a la estructura de ambos medios de prueba, sino a la *función* de los mismos. A este respecto ha venido a ser esclarecedora, la reforma procesal italiana de 1942, que ha sustituido la antigua prueba de experticia, por la institución que el nuevo Código de Procedimiento Civil denomina consultor técnico (*Consulente tecnico*), del cual trata el Libro Primero, Título Primero, dedicado a Los Órganos Judiciales, Capítulo III dedicado éste al consultor técnico, al custodio y a los otros auxiliares del juez; institución regulada ahora, específicamente, en el marco de las normas relativas a la instrucción probatoria (Arts. 61-68 y Arts. 191-201 C.P.C.). Como observa VELLANI, mientras el Código de Procedimiento Civil de 1865 (Arts. 252 y ss.) ponía en evidencia el resultado de la obra de los peritos, esto es, la pericia” que consideraba como uno de los medios de prueba, el vigente Código de Procedimiento Civil en cambio ha acentuado el aspecto subjetivo del instituto y lo trata fuera del campo de las pruebas, considerando la obra del consultor como un auxilio suplido al juez por un colaborador suyo *a latere*⁸.

Ya bajo la vigencia del Código de 1865, CARNELUTTI, en “La Prueba Civil” había planteado la conveniencia de hacer intervenir a una persona distinta del juez en la percepción de los hechos, cuando el juzgador no tenga aptitud o preparación suficiente para la percepción directa de los hechos mismos (perito *percipiente*), o para la deducción de éstos de los hechos a probar (perito *deduciente*), y consideraba que la hipótesis típica de la pericia se tenía cuando se operaba la sustitución del juez por una persona diversa en la percepción, o bien, por la asistencia de esta persona al juez en el acto de la percepción, es decir, el concurso con el juez en el acto mismo⁹. Posteriormente, en el “Sistema”, CARNELUTTI perfecciona la diferencia entre el testigo y el perito, y sostiene que la diferencia es verdaderamente *funcional* y no *estructural*. La pericia, dice, salvo particularidades de forma que son de importancia secundaria, puede realmente constar de los mismos elementos

⁷ Cfr. CARNELUTTI. “*Testimonianza e perizia*”, en Riv. Dir. Proc. 1959, pág. 186.

⁸ Cfr. VELLANI, Mario. “*Consulente tecnico (Diritto Processuale Civile)*” en *Noviss Digesto italiano*. Vol. IV. pág. 335. También, ANDRIOLI, Virgilio. “*Commento al Codice di Procedura Civile*”, 3ª. Ed. Napoli. 1957. Vol. I, pág. 186, y CARNELUTTI. “*Non collaborazione del giudice*” en Riv. Dir. Proce. 1951, pág. 365.

⁹ Cfr. CARNELUTTI. “*La Prueba Civil*”, cit. n. 17, p.p. 72-73.

de los cuales está formado el testimonio; todos los caracteres distintivos del testimonio de la pericia —dice CARNELUTTI— que se quieren construir sobre la estructura de una y de la otra, son falsas: no es verdad que el testimonio se refiera a hechos transitorios y la pericia a hechos permanentes, puesto que un testigo puede representar un hecho permanente, ignorado por el juez, y el perito puede intervenir en la percepción o en la valoración de un hecho transitorio representado por testimonio o por documento; no es verdad que el testigo narre hechos pasados y el perito valore hechos presentes, puesto que el testigo puede servir también para la representación de hechos presentes y lejanos, como un perito para la valoración de hechos que no existen más, pero se pueden reconstruir con la variedad de pruebas; tampoco es verdad que el testimonio vierta sobre hechos percibidos y la pericia sobre hechos deducidos, puesto que el testigo puede afirmar la existencia de los hechos que él ha captado por deducción en lugar de percepción, y el perito puede ser llamado para percibir hechos en lugar del juez o al lado del juez; en fin, no se pueden asignar como contenido al testimonio hechos propios de la experiencia común y a la pericia hechos de carácter técnico, porque, prescindiendo de la relatividad de la distinción entre experiencia técnica y experiencia común, puede el testigo narrar hechos que él ha percibido o deducido en razón de especiales aptitudes o conocimientos técnicos, y viceversa, el juez tener necesidad de la integración con el perito también para la percepción o la deducción de hechos de carácter ordinario¹⁰.

Esto ha llevado a CARNELUTTI a concluir que no es en la estructura, sino en la función, donde debe buscarse la diferencia entre el testimonio y la pericia: el testigo tiene en el proceso una función pasiva, el perito una función activa; el testigo está como objeto, el perito como sujeto; el testigo es examinado, el perito examina; el testigo representa aquello que ha conocido independientemente de todo encargo del juez; el perito conoce por encargo de éste. Es el ligamen entre perito y juez, deriva del encargo conferido por éste a aquél, lo que contrapone, más que distingue, el perito al testigo y lo define como un auxiliar del juez. De allí que CARNELUTTI sostenga una noción genérica de la pericia, entendida como intervención auxiliar de persona dotada de particular experiencia, al lado de uno de los sujetos del proceso (juez o parte) para integrar la actividad y agilizar el cometido.

Hoy la concepción del consultor como auxiliar del juez, en sustitución del tradicional perito, parece estar consolidada en Italia, no solo por la **consagración positiva** en el Código de 1942, sino también en la doctrina y jurisprudencia. CALAMANDREI advierte que mientras según el Código de 1865

¹⁰ Cfr. CARNELUTTI. "Sistema". Vol. I. n. 209, pág. 533. VELLANI, ob. cit., pág. 336. En contra: BIONDI, Pompeo. "La distinzione fra perizia e testimonianza". en Foro italiano. Año 1937, IV. col. 58.

la pericia civil era un encargo libremente aceptado, según el nuevo Código, el consultor técnico se aproxima, como ya ocurría en materia penal, a la figura del *servicio judicial obligatorio*: pero puede todavía, con esta advertencia, ser considerada bajo la categoría de los *encargos judiciales*, porque la obligación de asumir las funciones de consultor, aún derivando ahora también en el proceso civil de la ley, depende de una providencia discrecional de juez que escoge el consultor y fija los límites de su encargo. El nuevo Código —agrega CALAMADREI— ha querido poner en evidencia, en contraste con el viejo código, el aspecto subjetivo del instituto, con el fin de poder más rigurosa y completamente disciplinar los requisitos de escogencia de los consultores y garantizar la eficacia de su colaboración con el juez; pero eso no quita que el campo de actividad del consultor, continúe siendo también hoy, la instrucción probatoria, y que precisamente, en relación a la prueba deba ser examinada su función¹¹.

Sin embargo, doctrinas y jurisprudencia más recientes, objetan la tendencia a una excesiva amplitud del instituto del consultor técnico, y se aboga por una limitación de la función "*percipiente*" admitida para el consultor técnico, porque encierra el peligro potencial de una desvalorización del control de las partes sobre la certeza de los hechos, sustrayendo la prueba del ámbito natural del contradictorio; por lo que se sugiere sustituir lo que se considera la *ambigua* noción de "accertamento", por la figura de la *inspección* para individualizar el momento "*percipiente*" de la actividad del perito¹².

Respecto del testimonio, el problema del recurso a la *esperienza tecnica* del declarante, surge de una regla de exclusión tradicional enunciada por la doctrina y la jurisprudencia, según la cual, "los testigos no deben formular juicios, sino exponer hechos que el juez valorará con el fin de establecer si lo que ha sido promovido como prueba se ha verificado o no"; regla ésta de la cual no existe vestigio en el derecho italiano, pero que ha sido expresada por la Casación de Roma el 7 de octubre de 1952¹³; dejando así en la sombra al testimonio técnico, y dando origen a controvertidas interpretaciones. En cambio —como observa DENTI— en el derecho anglo-americano, el problema del testimonio técnico tiene su origen en la *opinión rule exclusion*, que prohíbe a los testigos comunicar sus percepciones en lenguaje inferencial y da prioridad al uso de descripciones factuales o de hechos, en lenguaje ordinario: La explicación de la doctrina

¹¹ Cfr. CALAMADREI. "*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*" (Secondo il nuovo codice). Padova. 1943. Vol. II, pág. 167. Cfr. ANDRIOLI. Virgilio. "*Commento al Codice di Procedura Civile*", Napoli, 1957, Vol. I, pág. 186. VÉLLANI. ob. loc. cit.

¹² Cfr. DENTI, Vittorio. "*Testimonianza Tecnica*", en Riv. Dir. Proc. 1962, pág. 11 y ss.

¹³ Cfr. FORO ITALIANO, 1952, col. 693.

italiana al vacío legislativo en el sentido de que el legislador, en homenaje al principio de la libre apreciación del juez, ha evitado dictar reglas explícitas acerca de la modalidad de la narración testimonial, y que ante tal silencio, valen para la instrucción civil, como máximas de experiencia, las prescripciones que contempla el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal¹⁴.

En definitiva, para DENTI, no se puede negar en el derecho italiano la existencia de un principio según el cual el testimonio debe expresarse normalmente en el lenguaje ordinario o común, que estaría confirmado, si no fuere por otra cosa, por la prescripción legal de que el juez puede hacerse asistir en el cumplimiento de su actividad procesal (y por tanto también en la asunción de las pruebas) por un consultor de particular competencia técnica, sólo *cuando es necesario* (Art. 61 C.P.C.).

Si el significado de esta disposición –concluye DENTI– es que la necesidad del consultor surge cuando “la resolución de la controversia o el cumplimiento de algunos actos procesales requieren conocimientos que por su tecnicismo no entran en aquel patrimonio común de conocimientos de los cuales es partícipe también el juez”, se deriva de allí que la narración testimonial debe desarrollarse, normalmente, sobre el plano del saber común, y que el testimonio técnico representa la excepción. Por tanto, se tiene testimonio técnico, cuando el declarante no puede prescindir, en la narración de los hechos, del uso de un lenguaje especializado o, más genéricamente, no ordinario¹⁵.

La cuestión no admite dudas en el derecho alemán, en el cual la ZPO, en su Art. 414 establece: “Cuando para probar hechos o estados pretéritos, para cuya percepción fueran necesarios conocimientos especiales, haya que oír a personas peritas, se aplicarán los preceptos de la prueba testifical”, lo que ha llevado a ROSENBERG a concluir que todo informe sobre hechos concretos pasados o presentes es testimonio, y que por ello, es también testigo y no perito, quien únicamente puede percibir un hecho concreto en razón de una capacidad técnica especial¹⁶.

6. De todo lo anterior se concluye: a) Que la estructura del testimonio técnico o calificado, es la misma del testimonio común, esto es: la percepción subjetiva concreta de un hecho pasado y el juicio conexo con ella; pero que en el caso del testimonio técnico o calificado, el juicio se encuentra expresado en lenguaje no ordinario en razón de la capacidad

¹⁴ Cfr. DENTI, ob. loc. cit. ANDRIOLI, “*Commento*”, cit., pág. 187.

¹⁵ Cfr. DENTI, ob. cit., pág. 16-18.

¹⁶ Cfr. ROSENBERG, ob. cit. Tomo II, pág. 264. También: LENT, Friedrich. “*Diritto Processuale Civile Tedesco*”. Morano Editore. Napoli, pág. 216.

especial que le proporciona al testigo su profesión u oficio. b) Que la función propia del testimonio es la de aportar al proceso la existencia del hecho percibido, representado en su declaración o testimonio, esto es, una actividad de fijación formal del hecho desconocido por el juez, con el fin de que éste pueda apreciarlo. En cambio, en la pericia, si bien ésta implica como el testimonio una percepción del perito y el juicio conexo con ella, ésta puede recaer, bien sobre un hecho o circunstancia actual, no pasado, o sobre una máxima de experiencia, o sobre una regla legal, y la percepción no es nunca ocasional, sino un *encargo judicial*, ya sea designado el perito por el juez o por las partes. A su vez, la función propia de la pericia, no es la fijación formal en el proceso de un hecho desconocido por el juez, sino una *función auxiliar* de colaboración con el juez por la cual el perito le suministra un dictamen o instrumento de juicio que permite integrar la preparación del juez en la medida en que la naturaleza técnica de la causa la haga necesaria por exceder de la normal experiencia o cultura del juez. De allí que la asistencia intelectual del perito sea siempre una función preparatoria de valor subordinado, ya que su apreciación no puede nunca sustituir la decisión del juez, el cual, es libre de acoger o no el dictamen del perito, y debe siempre decidir según la propia convicción¹⁷.

7. En nuestro derecho la figura del testigo técnico o calificado ha sido perfilada principalmente por la jurisprudencia, la cual ha venido evolucionando tímidamente y contradictoriamente en algunos casos. Así, una sentencia de la Casación, del 20 de febrero de 1963, negó prácticamente la posibilidad del testimonio técnico, al afirmar que "los testigos pueden dar fe de que se está construyendo un edificio, de que otra propiedad vecina ha sufrido daños, etc. pues éstos son hechos que caen bajo el dominio de los sentidos; pero afirmar que los daños y desperfectos tienen una determinada causa, ya ésta no es la constatación de un hecho, sino una apreciación personal del testigo, resultado de una operación intelectual, cuya exactitud solo puede establecerse por otros medios de prueba adecuados a tal fin"; y este pronunciamiento lo hace la Casación, no obstante el hecho de que "el testigo en cuestión sí tenía conocimientos especiales por ser ingeniero", pues en concepto de la Corte, "no se trata de juzgar sobre las cualidades o conocimientos personales de determinado individuo, sino de la eficacia e idoneidad de la prueba testimonial para cierto género de comprobaciones"¹⁸.

En otra sentencia de fecha 15 de diciembre de 1970, la misma Corte observa que "la prueba de testigos no es apta para demostrar la verdad

¹⁷ Cfr. CARNELUTTI, ob. loc. cit. BETTI, "Diritto Processuale Civile italiano". 2ª. Ed. Roma. 1936. n. 116 págs. 398 y ss.

¹⁸ Cfr. GACETA FORENSE, N° 39 (2ª. Et.), pág. 199.

técnica, puesto que la misión de ellos es deponer sobre los hechos que hayan percibido por los sentidos sin extenderse a formular juicios o apreciaciones valorativas sobre esos mismos hechos”¹⁹; confirmando así la antigua opinión de que los testigos son llamados a narrar hechos y el perito a expresar juicios.

Sin embargo, en ocasión anterior a este último fallo, la Casación había dado algunos pasos hacia la concepción moderna, al expresar que “si el testimonio recae en su casi totalidad sobre hechos, la circunstancia de que haga algunas apreciaciones extrañas a la naturaleza de esta prueba, es decir, apreciaciones personales, si las ha formulado superabundantemente y en conexión con los hechos que a su juicio las demostraban, bien puede el juzgador apreciarlas sin incurrir en el vicio de apreciar una prueba irregular”²⁰.

La culminación de esta evolución jurisprudencial, la encontramos en la decisión de la Casación de fecha 22 de enero de 1981, en la cual la Corte hace suya la doctrina del “*testimonio técnico*” de DEVIS ECHANDÍA que sigue en este punto a SCARDACCIONE, para el cual la admisión del juicio técnico como objeto del testimonio, sin que se produzca una mutación del contenido de la prueba testimonial, en peritación irregular, debe guiarse por el criterio de circunscribirlo a la narración de los hechos percibidos y a las deducciones técnicas que de éstos haga el testigo, sin extenderse a los juicios de valor, que exceden los límites del juicio sobre sus percepciones²¹.

A este respecto DEVIS ECHANDÍA nos ofrece varios ejemplos para su mejor entendimiento: 1) El del arquitecto, que puede dar un buen testimonio acerca de si una edificación presentaba, en una fecha determinada, detalles que implicaban una amenaza de inestabilidad o de derrumbamiento, por haberlos observado correctamente gracias a sus especiales conocimientos técnicos sobre la materia, pero si expone además su concepto sobre las causas *que no pudo observar*, de estos defectos de construcción, estaría dando una apreciación subjetiva, que escapa al objeto del testimonio y que corresponde a la prueba de peritos. 2) El médico puede ser un testigo fehaciente de que una persona, en un cierto día, presentaba síntomas observados por él, de determinada enfermedad, pero sobre las causas que la produjeron, y que no percibió, sólo puede opinar como perito.

Según se puede apreciar de los ejemplos anteriores –concluye DEVIS ECHANDÍA– el testimonio técnico no es solamente posible, sino en muchas

¹⁹ Cfr. GACETA FORENSE, Nº. 70 (2ª. Et.) Vol. IV, pág. 488.

²⁰ Cfr. GACETA FORENSE, Nº. 66 (2ª. Et.) Vol. IV, págs. 252-253.

²¹ Cfr. GACETA FORENSE, Nº. 111 (2ª. Et.) Vol. II, pág. 729.

el accidente del sujeto (testigo), y como es sabido, el accidente no tiene un ser propio, pues su ser es ser en el sujeto, es ser en (*in-esse*); en otras palabras, el accidente o cualidad no da el ser al sujeto, sino el sujeto al accidente, dando origen aquí a la especie del testigo técnico, que quiere contemplar el ordinal 5°. *in fine*, para diferenciarlo del testimonio común (Ord. 4°.) y de la peritación o experticia (Ord. 6°.), pues de otro modo, la norma no habría mencionado la declaración de testigos en el Ord. 4°. ni la experticia en el Ord. 6°. La exégesis de la norma, lleva a CABRERA a la conclusión, a nuestro parecer errónea, de que "este perito-testigo puede opinar sobre causas y otros hechos inferidos, a pesar de no haberlos presenciado"; lo que no es admitido, como se sabe, por la doctrina y la jurisprudencia moderna para el caso del testigo técnico o calificado. Por otra parte, como enseña la doctrina, la *declaración* es un elemento estructural común al testigo y al perito, por lo que en ella no puede fundarse la diferencia entre el perito y el testigo técnico o calificado; amén de que no es el propósito del ordinal 5°. hacer una calificación con tal objeto.

Por lo demás, el Profesor CABRERA nos deja en la duda de si admite ciertamente en el Derecho Venezolano lo que llama, al comienzo de su exposición, "*un híbrido de pericia y testimonio*", o si lo rechaza, pues en otro párrafo siguiente, al expresar cómo entiende el mencionado Ord. 5°. (pág. 50) sostiene que el referido ordinal "se está refiriendo en el fondo a una prueba pericial, sin limitaciones, pero en la forma está ordenando que este peritaje sea presentado y se sustancie por la reglas del testimonio, o sea mediante la emisión oral de su dictamen y bajo los controles previstos para la prueba testimonial"; lo cual parece indicar que el Profesor CABRERA avala la existencia de lo que ha llamado "*un híbrido de pericia y testimonio*"²⁵.

La posición fundamentada en una interpretación literal y exegética del Ord. 5°. referido, es una confirmación de la insuficiencia de la mera exégesis para la comprensión de un instituto tan complejo como el del testigo técnico o calificado y su diferencia con la tradicional experticia, con la cual tiene una cuasi equivalencia estructural, mas no funcional; y del peligro de conclusiones erróneas cuando se deja de lado el examen dogmático, estructural y funcional de ambos institutos, tan estudiados por la doctrina procesal moderna y en Venezuela, en la comentada sentencia de la Casación de fecha 22 de enero de 1981, que ilustra la materia en el plano conceptual.

A la posición de CABRERA ROMERO se suma el apreciado profesor AGUILAR GORRONDONA en su referido estudio, el cual, a pesar de que admite que entre el testigo ordinario y el experto existe la figura del testigo calificado

²⁵ Cfr. CABRERA ROMERO, ob. cit., págs. 47 y ss.

(pág. 211), prefiere dejar a éste en la sombra y sostener la tesis de que existe en nuestro derecho un nuevo medio de prueba legal, el *perito-testigo*, supuestamente contemplado en la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En la demostración de su tesis AGUILAR sigue también el método exegético y la interpretación literal del ordinal 5º. del Art. 132 de la LOSSEP, en el cual ve “un respaldo legislativo a la creación jurisprudencial de la figura del testigo calificado” (pág. 214) y a la vez, “un nuevo medio de prueba legal: la prueba del perito-testigo”²⁶.

Llama la atención, que el profesor AGUILAR pueda ver en el ordinal 5º. del Art. 132 de la LOSSEP al mismo tiempo el respaldo legislativo del testigo calificado y la consagración del “nuevo medio de prueba” del perito-testigo; porque una de dos: o el ordinal 5º. consagra la figura del testigo técnico o calificado, o consagra el nuevo medio de prueba que AGUILAR llama “perito-testigo”. Pareciera que tanto AGUILAR como CABRERA, a quien sigue, han sido inducidos a error al traducir la expresión “*experts witness*” del derecho probatorio angloamericano, la cual no significa propiamente: “perito-testigo”, ni un nuevo medio de prueba, sino *testigo experto o calificado*, en buen español, esto es, testigo con conocimientos especiales en cierta materia, con destreza, experiencia técnica profesional de la cual carece el testigo ordinario, que sólo puede expresar sus percepciones en lenguaje común o vulgar; lo que tampoco es extraño para AGUILAR, pues igualmente admite que “la posesión de conocimientos especiales también puede existir en el testigo propiamente dicho y es lo que origina la especie de testigo calificado” (pág. 217). Por lo demás, vale observar, que el derecho angloamericano nunca ha sido inspiración de nuestra legislación, sino el derecho de los países de cultura latina, como Francia, Italia, España y en menor medida Alemania y Suiza, en cuya doctrina y jurisprudencia debemos principalmente buscar los antecedentes de nuestro derecho.

Tratando de resumir en lo posible la tesis sostenida por AGUILAR GORRONDONA, se destaca lo siguiente:

1) Afirma y trata de probar que los “peritos-testigos” no son testigos. A tal objeto sostiene, siguiendo a CABRERA, que el ordinal 5º. se refiere a un medio de prueba en el cual necesariamente debe recurrirse a peritos, expertos o facultativos, palabras que en su concepto aluden a los expertos en general o a los expertos en áreas especiales, como sucede con el vocablo facultativo. De esto interpreta AGUILAR, que “la prueba de que trata no es la prueba de testigos regulada por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, ya que para ser testigo, no es necesario ser experto

²⁶ Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luis. ob. cit. págs. 213-214.

en nada"; lo que parece contradecirse con lo que expresa en la pág. 217: "que la posesión de conocimientos especiales también puede existir en el testigo propiamente dicho y es lo que origina la especie testigo calificado". A este respecto, valen también aquí las observaciones hechas al comentar la posición de CABRERA.

Por otra parte, observamos que el texto del Ord. 5º. habla expresamente de testimonios y de testigos calificados, pero AGUILAR trata de superar este obstáculo conduciendo su exégesis en el sentido de considerar que la palabra *testimonio* "no está empleada allí en su sentido restringido de *dichos de testigos*, sino en el sentido más amplio de "*dichos de personas con los cuales se quiere dejar constancia de algo, o aún en el sentido más amplio que pudiera tener la palabra en otras frases*" (lo que en nuestro concepto es lo mismo que *dichos de testigos*); que es el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras.

2) Afirma que "aunque la prueba de que tratamos (perito-testigo) no es una prueba de testigos, sí es análoga a ésta en algunos aspectos, y por ello en la medida en que exista la *eadem ratio legis*, se rige por algunas normas dictadas para regular la prueba testifical".

Data venía al ilustre profesor, observamos que aquí no se está en el caso de aplicación analógica de la ley, prevista en el Art. 4º. del Código Civil para resolver los casos cuando no hubiere disposición precisa de la ley, y por tanto, la aplicación de las normas relativas a los testigos, ordenada por el Ord. 5º., no se basa en la existencia de la *eadem ratio legis*, sino que la ley quiere dejar establecido en este caso, la especie del testigo técnico o calificado, cuyos elementos estructurales son equivalentes a los de la prueba pericial, de la cual sólo se diferencia funcional y no estructuralmente, como lo reconoce la doctrina procesal y la jurisprudencia; cuestiones éstas que no pueden resolverse mediante simple exégesis de la norma, ni por una interpretación literal de la misma, sino profundizando en el análisis de las equivalencias y diferencias estructurales y funcionales de ambos institutos, amén de que, como es sabido, no siempre el legislador expresa técnica o científicamente su intención al formular la norma. Por lo demás, es evidente que la norma del Art. 132 de la LOSSEP y sus ordinales, es una norma de excepción del sistema general ordinario de procedimiento probatorio civil, razón por la cual ella no es aplicable por analogía, sino que admite solamente una interpretación extensiva, que según la doctrina, no es sino reintegración del pensamiento legislativo, razón por la cual se aplica a todos los casos que ella regularmente abraza, como lo han sostenido, entre otros, LORETO, LÓPEZ DE LA CERDA, FERRARA, COVIELLO, SAVIGNY, etc.²⁷.

²⁷ Cfr. LORETO, Luis. "La Curatela del artículo 311 del Código Civil" en Ensayos Jurídicos. Ed. Jur. Venezolana. Caracas. 1987, págs. 535 y ss. Nota 11.

3) Finalmente, AGUILAR destaca y pone énfasis en que el “perito-testigo”, considerado por él un nuevo medio de prueba, no es una simple especie del género “testigo”, ni tampoco la prueba tradicional de experticia, aunque tiene caracteres comunes con ésta, sino una prueba distinta de ambas.

A este respecto se observa, que evidentemente, la llamada por AGUILAR “prueba de perito-testigo” no es una especie del género “testigo”; pero sí lo es el *testigo técnico o calificado*, como hemos expresado antes; y esto lo admite el profesor AGUILAR cuando expresa (pág. 217): “la posesión de conocimientos especiales también puede existir en el testigo propiamente dicho y es lo que origina la especie del *testigo calificado*”. Lo que no parece admisible, es la segunda afirmación de AGUILAR, cuando expresa que la llamada prueba de perito-testigo es diferente de la experticia tradicional. En efecto, el propio AGUILAR destaca “que la cualidad requerida por las personas para calificar como peritos-testigos es la misma requerida para calificar como expertos: tener conocimientos especiales (conocimientos culturales, científicos, técnicos o de otra especie), en el sentido de que no son poseídos por el común de las gentes”; y destaca también, “que las cuestiones de hecho que se pueden probar con la declaración de los perito-testigos son las mismas que las que se pueden probar por el dictamen de expertos, y a diferencia de lo que ocurre en materia testimonial, no se trata de hechos presenciados en el momento en que éstos ocurrieron por quienes deponen o dictaminan, sino de cuestiones fácticas sobre las cuales sólo merecen crédito las opiniones de las personas que poseen conocimientos especiales en el área que corresponda”.

Como se ve, el profesor AGUILAR identifica plenamente el llamado “perito-testigo” con el experto tradicional; identificación ésta que evidentemente proviene de la existencia entre ellos de las mismas notas estructurales y funcionales, lo cual llevaría a concluir que siendo idénticos ambos medios, carece de justificación su duplicación, y que sólo puede hablarse técnica y científicamente de tres hipótesis: el testigo común, el testigo técnico o calificado, y el experto tradicional o sujeto de la prueba de experticia. Por lo demás, admitir la existencia de un “perito testigo” extraño a la experticia tradicional, constituye la creación de un híbrido que por ser perito a la vez que testigo, le serían aplicables las reglas de una y otra prueba, lo que no es admitido en doctrina ni en jurisprudencia.

Aristides Rengel Romberg

